

L'HISTOIRE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PAR

Jean-François FLAUSS

*Professeur à l'Université de Paris II
(Panthéon-Assas)*

La Convention européenne des droits de l'homme est à l'évidence un produit de l'Histoire. Prioritairement, elle a été adoptée pour éloigner le spectre des atrocités de la Seconde Guerre mondiale et prévenir leur reproduction. Plus conjoncturellement, elle a été élaborée pour répondre et faire face à la menace de propagation des régimes d'obédience marxiste et soviétique en Europe occidentale. Pourtant le terme d'Histoire qu'il soit décliné avec une majuscule ou avec une minuscule n'apparaît guère – et il s'agit en l'occurrence d'un euphémisme – dans les index des ouvrages consacrés au droit de la Convention et à la jurisprudence de la Cour européenne (1).

Or, les considérations d'ordre historique sont à l'évidence loin d'être étrangères au contentieux européen des droits de l'homme (2). En effet la Cour européenne a eu à connaître d'affaires afférentes à la commémoration d'événements historiques (3). Par ailleurs, il

(1) En revanche les tables du Recueil des « Arrêts et Décisions » de la Cour européenne des droits de l'homme comportent depuis 1999 une rubrique intitulée « Contexte historique ».

(2) Même si l'on écarte d'emblée du champ d'investigation l'appel aux circonstances ou/et au contexte historiques ayant entouré l'adoption de tel ou tel article de la Convention [sur cet aspect, voy. entre autres, l'opinion des juges Lorenzen et autres sous l'arrêt du 12 juillet 2001, *Ferrazini c. Italie*].

(3) En ce sens, voy. l'arrêt du 18 décembre 1996, *Valsamis c. Grèce*, §31 [la Cour reconnaît que les commémorations d'événements nationaux servent, à leur manière, à la fois à des objectifs pacifistes et à l'intérêt public. La présence éventuelle de militaires à ces cérémonies commémoratives est considérée comme ne changeant pas leur nature]. Voy. aussi l'arrêt du 2 octobre 2001, *Stankov et Organisations macédonniennes unies Ilinden*, §106 [la Cour définit les limites du pouvoir d'interdiction susceptible d'être exercé par un Etat à l'encontre d'une manifestation historique auquel une partie seulement de la population nationale attache une signification particulière].

n'est pas exceptionnel que la Cour européenne puisse être amenée à relier le passé individuel des requérants à des événements historiques plus ou moins anciens auxquels ces derniers ont pu être, directement ou indirectement, parties prenantes (4). Occasionnellement, la Cour a aussi été saisie de litiges portant sur des situations liées à des développements chronologiques anciens et complexes qualifiés parfois d'historiques (5). Parallèlement, l'histoire a pu pénétrer dans le prétoire de la Cour via le contrôle exercé sur la validité d'une réserve à la Convention européenne formulée par l'Etat défendeur en relation avec des circonstances historiques troublées (6). Il arrive également que la Cour soit amenée à prendre en compte une série de faits historiques pour définir avec précision l'objet du litige qui lui est soumis : autrement dit, l'Histoire est mise au service de la compréhension factuelle de l'affaire à juger (7).

Durant les quarante-cinq dernières années, la Cour européenne, tant l'ancienne que la nouvelle (8), ont eu à connaître de nombreux contentieux étroitement liés à d'importants événements historiques tels entre autres ceux consécutifs à la Seconde Guerre mondiale, à des changements révolutionnaires de régime politique, à des occupations ou des actions militaires. Les contentieux de ce type auraient encore été plus nombreux si les Etats n'avaient pas pris la

(4) A titre d'illustration de ce cas de figure, voy. par exemple l'arrêt du 12 juillet 2001, *Feldek c. Slovaquie*, *Actualité de la CEDH – Actualité juridique droit administratif*, 2001, p. 1074. Cette affaire a donné à la nouvelle Cour l'occasion de prendre position sur la notion de «passé fasciste» d'un individu, en l'espèce un membre du gouvernement de l'Etat défendeur. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, la référence à l'histoire familiale des requérants liée aux conséquences de l'annexion en 1940 de la Lettonie par l'Union soviétique, Arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko et autres c. Lettonie*, §126.

(5) Voy. par exemple, en ce sens l'affaire *Brencona c. Finlande* (arrêt du 16 novembre 2004). Le litige concernait la révocation sans indemnité d'un titre d'occupation de caractère domanial, équivalant à un usufruit, acquis au début du 18^{ème} siècle et confirmé depuis lors à différentes époques.

(6) En ce sens voy. par exemple, la mesure de bannissement à vie édictée par le Constituant italien à l'encontre de certains membres de l'ancienne famille royale à raison de leur comportement durant la Seconde Guerre mondiale. Décision du 13 septembre 2001, req. n° 53360/99, *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie*. Plusieurs autres Etats parties contractantes à la Convention ont émis des réserves motivées par la préoccupation de soumettre au contrôle européen les conséquences de certains événements ou situations historiques (voy. en ce sens les réserves de l'Autriche et de Chypre respectivement aux articles 3 ou 4 du protocole n° 4 de la Convention européenne ou encore les réserves de l'Autriche et du Luxembourg portant sur l'article 1 du protocole additionnel).

(7) En ce sens, voy. l'arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski et autres c. Pologne*.

(8) Et plus encore la Commission européenne de droits de l'homme jusqu'à sa disparition en 1999.

précaution de faire échapper nombre de situations litigieuses à la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne.

Si la présence de l'Histoire dans le contentieux européen des droits de l'homme revêt parfois des formes relativement diffuses, plus ou moins saisissables, elle se manifeste néanmoins de manière très voyante à un double titre : tantôt comme composante du contrôle européen, tantôt comme objet du contrôle européen.

I. – Le contexte historique : le poids de l'histoire dans le contrôle exercé par la Cour européenne

Tout comme elle n'admet pas le jeu d'une «exception constitutionnelle» plaçant le droit constitutionnel institutionnel d'un Etat hors du champ de contrôle européen (9), la Cour européenne écarte aussi la prétention des Etats à exciper d'une sorte d'«exception historique» qui en soi légitimerait *de plano* une entorse au droit de la Convention (10). En revanche, les considérations d'ordre historique, qualifiées, selon le cas de contexte historique, de passé historique, de circonstances historiques particulières, de tendance historique, d'expérience historique, habituellement invoquées par l'Etat défendeur aux fins de justifier la conventionnalité d'une ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention sont prises en compte par la Cour européenne au titre de son contrôle sur la marge d'appréciation de l'Etat (11) : elles constituent un paramètre, parmi d'autres, de détermination de l'ampleur de celle-ci (12).

(9) Arrêt du 30 juin 1996, *Parti communiste turc c. Turquie*, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, p. 844, observations, J.-F. FLAUSS.

(10) En ce sens, voy. par exemple la tentative avortée du gouvernement français dans l'affaire *Kress*, Arrêt du 7 juin 2001, § 70.

(11) Le contexte historique constitue également un paramètre d'appréciation du «délai raisonnable» au sens de l'article 6(1) de la Convention. [Voy. à cet égard, le poids prêté au contexte exceptionnel de la réunification allemande pour admettre la conventionnalité de la durée d'une procédure juridictionnelle à laquelle était partie prenante la Cour constitutionnelle. Arrêt du 16 septembre 1996, *Süssman c. Allemagne*, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 30, 1996, pp. 384-386. Cette solution a été confirmée, depuis lors, à plusieurs reprises]. Le recours au contexte historique a pu de même jouer un rôle décisif pour juger du caractère excessif ou non de la charge de la preuve imposée au requérant [Arrêt du 11 janvier 2005, *Blücher c. République tchèque*].

(12) Tel est du moins le scénario ordinaire. Par exception, le contexte historique constitue l'élément unique faisant varier l'amplitude de la marge d'appréciation. En ce sens, voy. l'arrêt du 22 juin 2004, *Broniowski et autres c. Pologne* (précité note 7), § 163 ou encore la décision du 7 décembre 2004, *Mentzen c. Lettonie*, requête n° 71074/01.

Une telle prise en considération peut intervenir au niveau de l'appréciation de la légitimité du but poursuivi par l'Etat (13); mais généralement elle joue à propos de l'examen de la nécessité de la mesure restrictive prise pour celui-ci. L'incidence du poids de l'Histoire sur l'ampleur de la marge d'appréciation de l'Etat ne répond pas à un schéma unique (14). Deux cas de figure doivent être envisagés. Tantôt, le poids de l'histoire est un facteur d'élargissement de la marge d'appréciation de l'Etat. Tantôt le poids de l'histoire s'efface au profit d'un recul de la marge d'appréciation de l'Etat.

*A. – Le poids de l'histoire au service de l'élargissement
de la marge d'appréciation de l'Etat*

Avant 1998, la défunte Commission et l'ancienne Cour ont eu très nettement tendance à prêter au passé politique et constitutionnel d'un pays (pour ne pas dire à ses traditions en ce domaine) un poids déterminant pour reconnaître à celui-ci une large marge d'appréciation en particulier en matière de réglementation de l'exercice des droits politiques (15). Elles avaient adopté une attitude comparable à propos du devoir de réserve politique susceptible d'être opposé à des agents titulaires de postes de direction ou/et de responsabilités dans la fonction publique locale (16).

(13) Voy. entre autres, l'arrêt du 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam de Liechtenstein* – le statut international de l'Allemagne, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, est assimilé à un contexte historique tout à fait particulier et partant comme un but légitime autorisant une privation du droit d'accès à la juridiction allemande s'agissant de certains contentieux liés aux suites du conflit. Voy. également l'arrêt du 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Hongrie*, §41 [l'objectif de la dépolitisation de la police «... revêt une importance historique particulière en Hongrie en raison de l'expérience que ce pays a d'un régime totalitaire qui dépendait dans une large mesure de l'engagement direct de sa police aux côtés du parti au pouvoir...»]

(14) En outre, la prise en compte du paramètre historique peut l'être simplement en filigrane. Voy. en ce sens, l'arrêt du 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, §73 [le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour relativement à une mesure d'interdiction de diffusion d'annonces religieuses sur les ondes prête une attention attentive à l'histoire religieuse de l'Irlande, même si l'expression n'est pas nommément utilisée].

(15) En ce sens, voy. par exemple, Commission européenne des droits de l'homme, Décision du 13 mai 1982, *X. c. Royaume-Uni*, req. n° 8873/80, *DR* 28, p. 106 [le régime électoral dérogatoire applicable à Jersey en ce que concerne l'élection des membres de la Chambre des Communes est avalisée au motif qu'en ratifiant le protocole n° 1, le Royaume-Uni n'a certainement pas entendu modifier un régime constitutionnel vieux de plusieurs siècles. – Arrêt du 1^{er} juillet 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, 2000, p. 873, observations de J.-F. FLAUSSE [l'imposition de règles d'inéligibilité rigoureuses aux fonctionnaires candidats à l'élection au parlement grec répond à un contexte et à une tradition politiques propres à ce pays].

(16) Arrêt du 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, *Actualité de la CEDH*, *Actualité juridique droit administratif*, 1998, n° 12, pp. 995-996.

Pareille politique jurisprudentielle se retrouve dans la pratique de la nouvelle Cour. Toutefois l'importante marge d'appréciation accordée à l'Etat au nom du poids de l'Histoire n'est pas justifiée par une motivation unique : tantôt elle est principalement fondée sur des considérations d'opportunité politique (au sens large du terme), tantôt elle s'appuie essentiellement sur l'impératif de défense ou/et de consolidation de la société démocratique (17).

1° La traditionnelle autolimitation du contrôle européen dans le contentieux des droits politiques ou/et des activités politiques (18) tend certes depuis peu à s'amenuiser sérieusement, dès lors que les développements jurisprudentiels récents traduisent le passage à un contrôle « normal » ne reconnaissant plus à l'Etat qu'une « certaine » marge d'appréciation (19). Toujours est-il que le poids de l'histoire continue, semble-t-il, à avoir une importance de premier plan, voire même décisive, dans les contentieux relatifs aux droits politiques concernant des territoires extra européens auxquels le jeu du Protocole n° 1 (et plus généralement celui de la Convention) ont été étendus (20). C'est du moins la conclusion qui ressort de l'arrêt du 11 janvier 2005 rendue dans l'affaire *Py c. France* (21). En l'espèce, la Cour accorde une attention particulière à « l'histoire politique et institutionnelle tourmentée » de la Nouvelle-Calédonie pour admettre la compatibilité aux exigences de l'article 1 du Protocole n° 1 combinées avec celles de l'article 53 de la Convention de la condition de résidence de dix ans sur le territoire imposée aux citoyens français pour participer à l'élection du Congrès du territoire. L'importance accordée à l'« histoire politique et institutionnelle » de

(17) Force est cependant de convenir que la ligne de partage entre les deux motivations n'est pas toujours séparée par une cloison étanche...

(18) Encore vivace dans les premières années de fonctionnement de la nouvelle Cour. Voy. notamment à cet égard : d'une part, l'attention particulière prêtée à la tradition et à l'histoire constitutionnelle du Royaume-Uni pour analyser la conventionnalité de l'obligation faite aux parlementaires britanniques de prêter serment au monarque sous peine de déchéance de leur mandat, [Décision du 8 juin 1999, *McGuinness c. Royaume-Uni*, Rec. 1999, V, p. 495, J.-F. FLAUSS, « Les serments d'allégeance à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 42, 2000, pp. 269-271], d'autre part, le poids accordé aux considérations historiques propres au pays pour « valider » l'obligation faite aux candidats à une élection parlementaire de connaître la langue officielle dudit pays [Arrêt du 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*].

(19) Voy. *supra*, I.B.2°.

(20) Soit en application de l'article 56 de la Convention, soit en vertu (comme dans le cas de la France) d'une déclaration spéciale.

(21) Req. n° 66289/01, voy. *Actualité de la CEDH, Actualité juridique droit administratif*, n° 10, 2005, p. 11.

la Nouvelle-Calédonie s'explique sans doute par la volonté de la Cour de faire preuve de retenue dans un contentieux particulièrement sensible politiquement. Mais elle est assurément aussi motivée par la préoccupation de ne pas entrer en contradiction avec la position retenue, sur la même question, par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (22).

Le recours au contexte historique aux fins de renforcer la subsidiarité du contrôle européen pour des considérations d'opportunité politique est illustré, de la manière la plus éclatante qui soit, par l'arrêt rendu le 30 juin 2005 par la Grande Chambre dans l'affaire *Jahn et autres c. Allemagne* (23). En se servant du contexte historique de la réunification allemande, par ailleurs qualifié d'unique, comme d'une grosse éponge pour laver l'inconventionnalité d'une privation de propriété à grande échelle effectuée sans indemnisation aucune, la Cour européenne retient une option fortement controversée en son sein et sans doute sujette à caution de manière plus générale (24). En l'espèce, la Grande Chambre renverse la solution de la Chambre qui, à l'unanimité, avait estimé que le contexte de la réunification allemande ne saurait justifier une absence totale d'indemnisation en cas de privation de propriété, équivalant à une expropriation préjudiciant plusieurs dizaines de milliers de personnes. Pour statuer, comme elle l'a fait, la Grande Chambre s'est appuyée sur la jurisprudence «*Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*» (25) : le contexte invoqué de la réunification allemande est réputé répondre à l'hypothèse des «circonstances exceptionnelles» validant par dérogation une expropriation accompagnée d'aucune indemnisation. La

(22) En l'occurrence dans l'affaire *Gillot c. France*, constatation du 15 juillet 2002, communication n° 932/2000.

(23) Req. n° 720/99, 72203/01, 72552/01. Par un rappel des données de fait et de droit de l'affaire *Jahn et autres*, voy. nos observations sous l'arrêt de chambre du 22 janvier 2004, *Actualité de la CEDH, Actualité juridique droit administratif*, 2004, n° 10, p. 538.

(24) Jusqu'alors la Cour européenne s'était fréquemment référée au contexte historique de la réunification qualifié, généralement d'exceptionnel ou de particulier, pour appuyer la large part d'appréciation reconnue à l'Etat allemand dans le contentieux de restrictions de biens ou de réglementation de l'usage des biens. Voy. notamment à cet égard, l'arrêt du 12 décembre 2002, *Witteck c. Allemagne*; l'arrêt du 20 février 2003, *Forrer-Nicdenthal c. Allemagne*; la décision du 15 janvier 2001, *Honecker et autres c. Allemagne*; la décision du 27 septembre 2001, *Lenz c. Allemagne*; la décision du 2 mars 2005, *Von Maltzen et autres c. Allemagne*, req. n°s 71916/01, 71917/01, 71260/02. Elle avait cependant déjà, à une reprise au moins, fait mention du «contexte unique de la réunification allemande». Voy. la décision du 10 avril 2001, *Kuna c. Allemagne*, Rec. 2001, V, p. 542.

(25) Arrêt du 23 décembre 2000, *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*.

pertinence de la notion de «circonstances exceptionnelles» a surtout été critiquée par le juge allemand en ce qu'elle, d'une part faisait la part belle à la subjectivité du juge et d'autre part, était pour la première fois utilisée *contra victima*. En revanche, les cinq juges dissidents se sont accordés, à des titres divers, pour reprocher à la Cour de vouloir assimiler à tout prix la réunification allemande à un contexte historique unique et partant à lui prêter un poids démesuré. En d'autres termes, la réunification allemande ne serait pas plus «unique» que la dissolution de l'ex-URSS ou de l'ex-Yougoslavie. A tout prendre, le contexte tourmenté et inédit de l'affaire *Ilascu et autres* aurait tout autant mérité le qualificatif d'«unique» (26).

En prêtant une portée absolutoire au contexte historique unique de la réunification, la Cour européenne renoue avec le spectre du double standard, en l'occurrence dans le contentieux des privations de biens sans indemnisation, et à tout le moins crée un risque de contradiction avec sa propre politique jurisprudentielle. En effet, comme l'affirme à juste titre l'opinion dissidente des juges Costa et autres, l'ex-roi de Grèce après avoir perdu son trône suite à un référendum après la chute d'une dictature, a bénéficié d'une indemnisation substantielle, alors que les modestes requérants dans l'affaire *Jahn et autres* n'ont droit à rien. Ces derniers sont d'ailleurs enclins à penser que le contexte historique unique, qui leur a été opposé, s'apparente à un paravent de la raison d'Etat. Ils auront également le sentiment d'être victimes d'un manquement aux règles de l'Etat de droit alors que précisément la réunification de l'Allemagne, dans son «contexte unique», avait pour finalité le rétablissement de l'Etat de droit. Dans ces conditions ne conviendrait-il pas d'évoquer le «*german paradox*» du contexte unique de la réunification ?

2° Aux fins d'assurer la stabilisation ou le renforcement d'un régime démocratique ainsi que la sauvegarde des valeurs et droits protégés par la Convention, la Cour européenne a été amenée à concéder aux Etats défendeurs une marge d'appréciation élargie par rapport au standard normalement applicable dans deux séries de domaines.

En premier lieu, à l'occasion des contentieux dirigés contre les mesures restrictives à la liberté d'association politique et à la liberté religieuse adoptées par la Turquie en vue de lutter contre le fonda-

(26) Arrêt de Grande chambre du 8 juillet 2004, voy. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 785.

mentalisme religieux islamique, la Cour européenne s'est référée avec insistance à deux réalités antinomiques de l'Histoire turque, d'une part l'expérience historique de l'empire ottoman et du califat, d'autre part la pratique de laïcité constitutionnelle suivie depuis l'instauration de la république (27). En second lieu, l'appel au contexte historique ou à l'expérience historique du pays a également été omniprésent dans les contentieux afférents à des périodes de transition constitutionnelle et politique démocratique aux fins de légitimation des atteintes portées aux droits professionnels ou/et pécuniaires d'agents compromis avec l'ancien « régime » (28) ou aux droits de propriété de dirigeants du régime déchu (29).

Dans ce domaine, la prise de position de principe, et la plus emblématique, demeure sans doute celle retenue par la Cour européenne dans l'affaire *Rekvenyi c. Hongrie* (30). En effet, la marge d'appréciation reconnue à l'Etat défendeur pour imposer un devoir absolu de neutralité politique aux agents de la force publique, afin de dépolitiser son fonctionnement, est justifié par référence à la

(27) Dans l'affaire *Sahin c. Turquie* (arrêt du 29 juin 2004, § 109) relative au port du foulard islamique dans les universités publiques, la Cour, analysant la légitimité du but poursuivi par les autorités turques, déclare que la lutte contre les mouvements fondamentalistes (dans le respect de la Convention européenne) se justifie au vu de l'expérience historique du pays. Dans l'affaire *Refah Partisi et autres c. Turquie* (arrêts du 31 juillet 2001 et du 13 février 2003) relative à la dissolution d'un parti politique prônant le rétablissement de la *charia* et d'un système multi-juridique fondé sur l'appartenance religieuse, la Cour se montre extrêmement sensible aux enseignements de l'Histoire; le contrôle de proportionnalité qu'elle exerce sur la dissolution du Parti de la Prospérité prend en compte l'Histoire européenne contemporaine ainsi que l'évolution historique de l'Etat défendeur. Ainsi près avoir rappelé le souvenir des mouvements totalitaires organisés sous forme de partis politiques qui mettent fin à la démocratie après avoir prospéré sous le régime démocratique, la Cour européenne se réfère à l'intérêt général qu'il y a de préserver le principe de laïcité dans un pays qui a connu par le passé un système politique proche, à maints égards, de celui envisagé par le Parti de la prospérité. En d'autres termes, le paramètre « expérience historique » sert à justifier l'élargissement de la marge d'appréciation d'un Etat démocratique aux prises avec un parti politique religieux fondamentaliste.

(28) En ce sens, voy. les arrêts du 22 novembre 2001, *Petersen c. Allemagne, Volkmer c. Allemagne, Knauth et Bester c. Allemagne* ayant trait aux mesures de lustration professionnelle édictées contre des fonctionnaires de l'ancienne RDA, notamment en raison des liens étroits qu'ils entretenaient soit avec le parti communiste est-allemand, soit avec la police secrète (*Stasi*), voire avec les deux à la fois. Voy. aussi la décision du 15 juin 1999, *Domalewski c. Pologne*, requête n° 34610/97.

(29) Sur ce point, voy. l'affaire *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce* (Arrêts du 23 décembre 2000 et du 28 novembre 2002).

(30) Arrêt du 20 mai 1999, *Actualité de la CEDH, Actualité juridique droit administratif*, 2000, p. 540.

période du régime communiste (31) durant laquelle le parti communiste exerçait une emprise quasi-totale sur l'action de la police (32). Les autorités hongroises, en l'espèce le constituant en personne, sont habilitées au nom des leçons du passé à exclure une catégorie d'agents de l'Etat du bénéfice de la liberté d'expression politique. Dans ces conditions ne faudrait-il pas conclure que le poids accordé à l'Histoire est de nature à conduire à un dédoublement du standard de protection garanti par la Convention européenne?

B. – *Le recul de la marge d'appréciation
légitimée par le poids de l'Histoire*

Annonciatrice d'une évolution jurisprudentielle qui ne prendra forme que près d'une décennie plus tard, la Cour européenne avait opté en 1995 dans l'affaire *Vogt c. Allemagne* (33) pour une relativisation, voire même par un gommage, du poids de l'histoire nationale dans un contentieux dans lequel ce paramètre pesait traditionnellement lourd : la requête dirigée contre l'Etat visait en effet les restrictions très amples frappant l'exercice de la liberté d'expression politique des agents publics. En l'occurrence, la Cour avait relégué au second plan la prise en compte de périodes tourmentées de l'Histoire allemande réputées déjà anciennes (République de Weimar, République fédérale des années cinquante et *a fortiori* régime national-socialiste) pour privilégier l'évolution récente de l'Histoire de l'Allemagne et par suite réduire la marge d'appréciation des autorités allemandes.

Depuis peu, deux ans à peine, la Cour européenne a amorcé, à l'évidence, un virage important : sauf exception (34), elle ne semble plus disposée à prêter une portée prégnante au poids de l'Histoire. A tout le moins, cette constatation se vérifie dans les contentieux relatifs à l'exercice des droits politiques, professionnels ainsi qu'à la liberté d'expression ou d'association politiques que ces contentieux soient d'ailleurs dirigés contre des Etats appartenant à la catégorie des «nouvelles démocraties européennes» ou qu'ils le soient contre des pays relevant du cercle des «anciens» Etats parties contractantes.

1° Appelée pour la première fois en 2004 à statuer au fond sur des mesures de lustration politique, en l'espèce inéligibilité à un mandat

(31) En l'espèce, la Cour se réfère au «contexte historique précis» de la transition démocratique (§48).

(32) Pour une critique de cette justification, voy. J. CALLEWAERT, «De la fausse vraie neutralité politique», *Rev. trim. dr. h.*, n° 41, 2000, p. 119.

(33) Arrêt du 26 septembre 1995.

(34) Voy. *supra*, I.A. 1°.

municipal, édictées par un Etat anciennement communiste, la Lettonie, à l'encontre de la dirigeante d'un parti politique «russophone», ayant exercé, avant le changement de régime, des fonctions au sein du K.G.B. et ayant participé au début de la période de transition démocratique à une tentative de coup d'Etat, la Cour européenne des droits de l'homme développe un raisonnement réducteur de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur (35). En particulier, elle n'entend prêter aucune attention réelle ni au passé de la requérante, ni aux événements survenus au lendemain de l'indépendance et encore moins à l'Histoire tourmentée de la Lettonie depuis 1940. La Cour européenne se prononce comme si la Lettonie n'avait pas eu le passé historique qui a été le sien. Plus précisément, la Cour estime que ce passé est déjà lointain (il y a prescription...) et par conséquent, il convient de ne plus appréhender la marge d'appréciation de l'Etat, dans le domaine des droits politiques ou électoraux connexes, au travers d'un prisme dépassé (le poids de l'Histoire), mais au contraire sur la base d'une interprétation dynamique et évolutive des prescriptions de la Convention régissant l'exercice des droits concernés (36). La marginalisation, pour ne pas dire l'occultation, de toute prise en considération du poids de l'Histoire a suscité de vives critiques au sein même de la Cour. C'est ainsi qu'il lui a notamment été reproché de méconnaître les réalités historiques (37) ou/et d'imposer aux Etats une gestion européanisée, uniforme et à la limite jacobine, de leur Histoire nationale (38) alors même que les juges de Strasbourg n'ont pas, sauf exception, une connaissance suffisamment avérée et acérée de cette Histoire, de ses tenants et aboutissants (39).

(35) Arrêt du 17 juin 2004, *Zdanoka c. Lettonie*.

(36) Pour des explications plus circonstanciées, voy. *Actualité de la CEDH, Actualité juridique droit administratif*, 2004, n° 33, pp. 1819-1820.

(37) En ce sens, l'opinion dissidente au vitriol du juge BONELLO.

(38) En ce sens, l'opinion dissidente très circonstanciée et documentée du juge LEVITS. En l'espèce, le juge letton reproche à la Cour sa propension à se substituer aux autorités nationales en matière d'appréciation du contexte historique et somme toute à imposer sa propre vision et version de l'histoire nationale. Plus généralement, il dénie au juge européen compétence pour trancher des questions qu'il juge d'ordre politique et partant non destinées à être soumises à un traitement judiciaire.

(39) En ce sens, également l'opinion dissidente du juge MARUSTE dans l'affaire *Sliivenko et autres c. Lettonie* (arrêt du 9 octobre 2003). Le juge estonien regrette vivement que la Cour n'ait pas apparemment prêté attention au recouvrement par la Lettonie de son indépendance qui doit être considérée comme la réparation d'une injustice historique. Voy. aussi dans la même affaire, l'opinion dissidente commune à L. WILHABER et à cinq autres juges qui accordent une importance de premier plan au contexte historique ayant présidé à la conclusion de l'accord relatif au retrait des forces armées russes (ex-soviétiques) du territoire letton. Pour ces juges dissidents,

A vrai dire, la Cour européenne donne l'impression de vouloir imposer aux Etats anciennement communistes engagés dans des politiques de lustration un devoir d'oubli. De la sorte, délibérément ou non, elle garantit par voie de conséquence aux anciens adversaires des valeurs démocratiques un droit à l'oubli et partant à l'impunité. A cet égard, il est d'ailleurs significatif, et même hautement symbolique, que la Cour accorde un poids important, voire même décisif, à la tardiveté des mesures de lustration, qu'elles soient de nature politique (40) ou qu'elles aient un caractère professionnel (41).

Dans ce contentieux de la décommunisation, la référence au contexte historique tend à devenir une formule rituelle, presque décorative, qui ne pèse plus réellement sur l'ampleur de la marge d'appréciation concédée à l'Etat défendeur (42). Dernièrement, la Cour a adopté, peu ou prou, une attitude comparable à propos du refus d'enregistrement en Roumanie d'un parti politique affichant un programme délibérément communiste, préconisant explicitement l'élimination de la contre-révolution (sous-entendu le régime établi depuis 1989) et implicitement le rétablissement de la dictature du prolétariat, même si officiellement le maintien d'un système électoral pluraliste restreint était promis. La position qu'exprime la Cour européenne est très révélatrice du poids relatif qu'elle entend attribuer au paramètre historique : « la Cour est aussi prête à tenir compte du contexte historique des cas soumis à son examen, à savoir en l'espèce, l'expérience du communisme totalitaire en Roumanie avant 1989. Toutefois, à lui seul, ce contexte ne saurait jus-

←

la prise en compte de l'objectif de cet accord, en l'occurrence « surmonter les conséquences négatives de leur Histoire commune », constitue « un élément capital pour déterminer si une ingérence dans les droits de tel membre des forces armées et de ses proches soumis à l'obligation de quitter de pays en vertu du traité, était justifiée ».

(40) Arrêt du 17 juin 2004, *Zdanoka*, précité *supra*, note 31.

(41) Arrêt du 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*. S. GARCIA-JOURDAN, « De la transition démocratique à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé » (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004), *Rev. trim. dr. h.*, n° 62, 2005, pp. 363-383.

(42) Il ne pèse pas d'ailleurs davantage, semble-t-il, sur les conditions de détermination du droit à réparation de victimes de violations de la Convention qui, par le passé, s'étaient singularisées par des activités ou actions fondamentalement aux antipodes des valeurs et des droits consacrés par la Convention. A titre d'exemple, voy. la position adoptée par la Cour dans l'affaire *Farbithus c. Lettonie* (arrêt du 2 décembre 2004) : elle refuse de tenir compte du contexte historique délicat de l'affaire au moment de l'octroi du dommage moral. Voy. la critique sur ce point du juge *ad hoc*, M^{me} BRIEDE.

tifier la nécessité de l'ingérence, d'autant plus que des partis communistes ayant une idéologie marxiste existent dans plusieurs pays signataires de la Convention» (43). En l'occurrence, elle aurait d'ailleurs pu ajouter qu'à l'occasion lesdits partis communistes participent au gouvernement ou même le dirigent... et que ce faisant, ils choisissent les trois candidats au siège de juge à la Cour!

2° En ce qui concerne les anciens pays membres de la Convention, la dévalorisation du poids de l'Histoire en tant que composante de la marge d'appréciation de l'Etat a affecté, pour l'heure, le seul contentieux des droits politiques, mais de façon tout à fait éclatante. Certes, la jurisprudence de la nouvelle Cour avait déjà dénié toute portée au contexte historique lorsque la mesure restrictive du droit de vote était constitutive d'une privation de celui-ci : une atteinte à la substance même des droits de vote ou/et d'éligibilité au sens du protocole n° 1 ne saurait être légitimée par des considérations d'ordre historique (44).

Mais très récemment, la Cour est allée encore plus loin dans la neutralisation du poids de l'Histoire au fur et à mesure qu'elle soumettait l'article 3 du protocole n° 1 à une interprétation de plus en plus évolutive et dynamique. Ainsi dans l'affaire *Py c. France* (45) la marge d'appréciation plutôt ample, accordée en l'espèce à l'Etat défendeur, ne doit pas faire illusion. En effet, la Cour laisse clairement entendre qu'en principe, c'est-à-dire pour des régimes électoraux ne relevant pas directement ou par ricochet de la clause figurant à l'article 56(3) de la Convention, une condition de résidence de dix ans imposée pour l'accès à l'électorat, apparaîtrait comme fort suspecte au regard de l'exigence de proportionnalité à laquelle doit satisfaire toute restriction au droit de vote. Par ailleurs dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, la chambre a très expressément affirmé que l'adhésion passive et automatique à une tradition historique ne constituait pas une justification de nature à exclure, sur le terrain de l'article 3 du protocole n° 1, le droit de vote des détenus pénitentiaires condamnés à des peines de longue durée (46). De

(43) Arrêt du 3 février 2005, *Partidul Communistilor et Ungureanu c. Roumanie*, §58.

(44) Arrêt du 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*. Arrêt du 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, [les données historiques propres au conflit chypriote ne sauraient être invoquées pour fonder l'exclusion du droit de vote, en application de l'article 3 du protocole n° 1, d'un Chypriote ture résident permanent dans la partie chypriote grecque de l'île].

(45) Voy. *supra*, I A.

(46) Arrêt du 30 mars 2004, §41.

son côté, l'arrêt de la Grande Chambre, dans la même espèce, se livre à une utilisation boomerang du paramètre de l'Histoire : alors que le gouvernement défendeur revendiquait «une ample marge d'appréciation tenant notamment compte de l'évolution historique et politique du pays», la Cour lui oppose «l'Histoire parlementaire du Royaume-Uni ou d'autres pays» illustrant la présomption selon laquelle l'octroi du droit de vote doit jouer en faveur du plus grand nombre.

II. – La vérité historique : l'attitude de la Cour européenne à l'égard des débats historiques

Par principe, la «Cour estime qu'elle doit s'abstenir, dans toute la mesure du possible, de se prononcer sur des questions d'ordre historique qui ne relèvent pas de sa compétence; toutefois, elle peut accepter certaines vérités historiques notoires et se fonder sur elles dans son raisonnement» (47).

De la sorte, la Cour européenne refuse, à juste titre, de porter des jugements d'ordre historique et d'arbitrer des débats historiques. D'ailleurs, elle a eu l'occasion, à plusieurs reprises de rappeler qu'il existait des faits ou événements historiques notoires, c'est-à-dire clairement établis et partant indiscutables. Néanmoins, la Cour n'exclut pas totalement, au-delà de sa dénegation de principe, de s'immiscer dans la gestion du débat historique par les Etats.

A. – *L'existence de faits historiques notoires*

Récemment, la Cour a été conduite à admettre l'existence de «réalités historiques notoires». Cette qualification a été appliquée au caractère totalitaire et antidémocratique des partis communistes dirigeants des Etats d'Europe centrale et orientale avant 1990 (48). Toutefois, la «réalité historique notoire» ne semble pas devoir bénéficier au regard de la Convention d'un régime de protection spécial. De prime abord, la constatation d'une telle réalité historique n'échappe pas au champ d'application de l'article 10(1) de la Convention. En d'autres termes, la remise en cause d'une telle réalité historique peut s'appuyer sur la protection européenne de la liberté d'expression.

(47) Voy. en dernier lieu, l'arrêt du 17 juin 2004, *Zdanoka c. Lettonie*, *Actualité de la CEDH – Actualité juridique droit administratif*, 2004, n° 33, p. 1819.

(48) Arrêt du 17 juin 2004, *Zdanoka* (précité, *supra*, note 35), §91.

Mais les Etats sont naturellement en droit de lui apporter des restrictions sur le fondement de la clause des normes nécessaires dans une société démocratique. Il en va tout autrement des événements historiques considérés comme des «vérités historiques notoires». En effet, la négation ou la révision de celles-ci se voit soustraite par le jeu de l'article 17 de la Convention européenne à la protection que cette dernière assure au titre de l'article 10 à la liberté d'expression.

Jusqu'à présent, le contentieux européen a été alimenté par des requêtes émanant de révisionnistes ou de négationnistes sanctionnés pénalement au plan national. Partant, la notion de «vérité historique notoire» n'a, pour l'heure, été expressément attribuée qu'à une catégorie de faits, la plus importante assurément, à savoir les événements constitutifs de l'Holocauste proprement dit ainsi qu'à la persécution des Juifs par le régime national-socialiste allemand et le procès de Nuremberg (49). Mais l'article 17 est applicable plus généralement, comme la Cour l'a reconnu, à la contestation de toute crime contre l'humanité. L'interdiction de contestation concerne autant la réalité que l'ampleur ou la gravité desdites «vérités historiques notoires». Amplifiant une orientation déjà présente dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme (50), la Cour ne justifie plus le recours à l'article 17 de la Convention au seul motif de la négation d'une «vérité historique notoire»; elle en appelle aussi à la méconnaissance des valeurs fondamentales à la Convention (51).

(49) Voy. spécialement, la décision du 24 mars 2003, *Garaudy c. France*, req. n° 65831/01, *Actualité de la CEDH – Actualité juridique droit administratif*, 2003, n° 36, pp. 1929-1930. Voy. aussi l'arrêt du 29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*; l'arrêt du 22 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*.

(50) Voy. notamment en ce sens, la décision du 6 septembre 1995, *Remer c. Allemagne*, DR 82-B, p. 117 et la décision du 24 juin 1996, *Pierre Marais c. France*, DR 86-A, p. 191. Sur la contrariété du révisionnisme ou de négationnisme avec les valeurs fondamentales de la Convention dans la jurisprudence de la Commission européenne, voy. G. COHEN-JONATHAN, «Négationnisme et droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, n° 32, 1997, spéc., pp. 577-578. P. WACHSMANN, «La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme», in J.-F. FLAUS et M. DE SALVIA (édit.), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Nemesis-Bruylant (Droit et Justice, vol. 19), 1997, spéc., pp. 103-107.

(51) «... la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aigues de discrimination rendue envers les Juifs et l'incitation à la haine à leur égard. Le négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, ils sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention», décision du 24 mai 2003, *Garaudy c. France*, précitée (*supra*, note 45).

La frontière entre le révisionnisme par action et le révisionnisme par omission demeure cependant relativement sinueuse dans la jurisprudence européenne. Telle est du moins la conclusion partagée par la partie de la doctrine qui se refuse à adhérer à la distinction retenue par la Cour européenne dans le très controversé arrêt *Lehideux et Isorni c. France* (52). En l'espèce, la Cour considère que la portée exacte de la position adoptée par le Maréchal Pétain, en 1940 lors de sa rencontre à Montoire avec Hitler, continue à relever d'un débat toujours en cours entre historiens sur le déroulement et l'interprétation de l'événement dont il s'agit. Par suite, celui-ci échappe à la catégorie des faits historiques clairement établis, dont la négation ou la révision se serait soustraite, par le jeu de l'article 17 à la protection de l'article 10.

B. – *L'immixtion dans le débat historique*

La recherche de la vérité historique, s'agissant de la catégorie des faits historiques non établis, fait partie de la liberté d'opinion et d'expression. Toutefois, la liberté de l'historien n'est pas inconditionnée. Tel est l'enseignement principal de l'arrêt du 29 juin 2004 rendu dans l'affaire *Chauvy et autres c. France* (53). Pour avoir mis en cause dans un ouvrage à vocation historique le comportement des époux Aubrac dans l'arrestation de Jean Moulin, les requérants furent condamnés au pénal et au civil pour diffamation publique envers des membres de mouvements et réseaux de la Résistance. Alors que les requérants invoquaient un droit de relecture de l'Histoire officielle au vu de documents inédits, les juridictions françaises leur opposèrent leur manque de prudence et de soin dans le recueil des éléments historiques avancés et les conclusions tirées de ces éléments.

Certes, la Cour européenne «considère que la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression et estime qu'il ne lui revient pas d'arbitrer la question historique de fond, qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens et au sein de l'opinion» (§96). Mais pour autant la liberté de l'historien n'est pas inconditionnée : non seulement il doit proscrire toute insinuation (*a fortiori* tout propos) qui porterait gravement atteinte à la réputation d'autrui, mais également respecter «les règles essen-

(52) Arrêt précité (*supra*, note 49). Voy. au premier chef, G. COHEN-JONATHAN, «L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, n° 38, 1999, pp. 366 et s.

(53) Req. n° 64915/01.

tielles de la méthode historique» (§77). L'historien se voit donc imposer une déontologie professionnelle dont la Cour définit les contours par renvoi aux considérations retenues par le juge national. Celui-ci avait reproché aux requérants la place excessive faite à un document inédit d'origine douteuse, le manque de hiérarchisation entre certaines sources, l'insuffisance manifeste de la documentation relative à certains événements, le manque de critique interne et certaines sources et documents, le délaissement des témoignages des acteurs des événements.

En soumettant la recherche historique à un encadrement normatif européen, la Cour européenne ne s'ingère pas dans la fond du débat historique, mais il fixe néanmoins, au moins pour partie, le mode d'emploi.

L'intrusion dans la discussion historique franchit un degré supplémentaire, à partir du moment où la Cour européenne consacre somme toute à charge des Etats une obligation de tolérance : ceux-ci doivent admettre que des événements historiques, même douloureux et tragiques, puissent ouvertement donner lieu à discussion et à controverse : «Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire» (54). Dans une société démocratique, au sens de la Convention, la «reconsidération» de l'histoire nationale doit donc être garantie au titre de la liberté d'expression. Elle doit l'être d'autant plus largement que le temps a passé (55).

La Cour attache d'ailleurs une grande importance à l'écoulement du temps dans les contentieux afférents à des débats historiques. Sur ce point, la position adoptée par la Cour dans la très médiatique affaire *Société Plon c. France* (56) est tout à fait éclairante. Pour conclure au caractère disproportionné du maintien de la mesure d'interdiction de diffusion opposée à l'ouvrage du Docteur Gubler, «*Le grand secret*» pendant plusieurs années après le décès de François Mitterrand, la Cour européenne fait valoir que «... plus le temps passait, plus l'intérêt public lié à l'histoire des deux septennats

(54) Arrêt du 28 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, précité (*supra*, note 49), §55.

(55) «... les événements évoqués dans la publication litigieuse se sont produits quarante ans avant celle-ci. Même si des propos tels que ceux des requérants sont toujours de nature à ranimer des souffrances dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant» (arrêt du 28 septembre 1998, précité).

(56) Arrêt du 18 mai 2004.

accomplis par le Président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical» (57). Elle refuse néanmoins de valoriser les exigences du débat historique à un point tel qu'elles seraient de nature à délier un médecin du secret médical.

A plus ou moins brève échéance, l'encouragement apporté à la libre discussion historique générera sans doute des contentieux portant sur la teneur des programmes officiels d'enseignement de l'histoire nationale notamment tels qu'ils sont arrêtés dans certains pays et tels que les manuels destinés aux élèves les reproduisent. Jusqu'à présent, une telle question n'a pas été réellement abordée par la jurisprudence européenne (58). Faut-il s'attendre à ce que la Cour européenne aille jusqu'à consacrer à la charge des Etats une obligation positive de réécriture de certaines pages (erronées) de leur Histoire officielle? Si telle devait être son intention, il lui faudrait se livrer à une interprétation constructive de l'article 2 du protocole n° 1, qui constitue la seule base conventionnelle directement utilisable. Or jusqu'à présent, la Cour a plutôt eu tendance à ménager la liberté d'appréciation des Etats dans le cadre de l'application de l'article 2 du protocole n° 1. C'est ainsi notamment qu'elle a estimé qu'elle n'avait pas à se prononcer sur le choix des méthodes éducatives retenues par un Etat en vue d'assurer la protection de la mémoire historique auprès des jeunes générations (59).



Au vu des considérations qui précèdent il est sans doute prématuré de conclure, en l'état, à l'existence dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg d'une vision parfaitement systématisée et rationalisée des rapports entre Histoire et protection des droits de l'homme. L'apparent manque de coordination, voire de cohérence, entre certaines des solutions adoptées témoigne d'ailleurs pleinement du rôle encore joué par les considérations d'opportunité dans l'exercice du contrôle européen. Un constat s'impose cependant à l'évidence : la Cour européenne hésite de moins en moins à pratiquer une politique jurisprudentielle interventionniste dans la gestion par les Etats de leur Histoire. Non seulement elle tend à vouloir imposer sa propre lecture des réalités historiques, mais au surplus elle

(57) *Ibidem*, §98.

(58) Voy. cependant l'arrêt du 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, dans lequel ce thème est très indirectement présent en filigrane.

(59) En ce sens, l'arrêt du 18 décembre 1996, *Valsamis c. Grèce* (précité *supra*, note 3), §32.

entend opposer aux Etats une déontologie de la gestion de leur passé. Une fois de plus, la Cour de Strasbourg manifeste donc sa propension à se comporter en véritable Cour constitutionnelle (60).



(60) Le présent article ne constitue que le premier volet d'une étude plus ample intégrant l'attitude de la Cour européenne à l'égard des traditions nationales et de l'identité nationale.